

RESEARCH OUTPUTS / RÉSULTATS DE RECHERCHE

La sagesse du juge

Thunis, Xavier

Published in:
Ethique publique

Publication date:
2001

Document Version
le PDF de l'éditeur

[Link to publication](#)

Citation for pulished version (HARVARD):

Thunis, X 2001, 'La sagesse du juge: le devoir avant la vertu', *Ethique publique*, VOL. 3, Numéro 2, p. 44-50.

General rights

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal ?

Take down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

9. Luc Begin a proposé une typologie de ces différentes positions dans laquelle il distingue l'approche formaliste-positiviste, l'approche externaliste et l'approche internaliste de l'éthicité de la décision judiciaire (« Éthique et décision judiciaire », *Ethica*, vol. 9, n° 2, 1999, p. 141-163).

10. Kant, « Qu'est-ce que s'orienter dans la pensée? », *Œuvres philosophiques*, t. II, Paris, Gallimard, « La Pléiade », 1984, p. 542.

11. Sur cette distinction entre acceptabilité rationnelle et acceptation pratique des normes, voir M. Maesschalck, *Normes et contextes*, Zürich, OLMS, Hildesheim, 2001.

12. On retrouve ici de manière remarquable le concept économique d'*avantage comparatif*.

13. P. Ricœur, « L'herméneutique et la méthode des sciences sociales », dans P. Amssek (dir.), *Théorie et science du droit*, Paris, PUF, 1994, p. 24.

14. H. Putnam, *Raison, vérité et histoire*, Paris, Minuit, 1984, p. 161.

15. G. H. von Wright, « Valuations – or How to Say the Unsayable », *Ratio Juris*, vol. 13, n° 4, 2000, p. 347-357.

16. *Ibid.*, p. 354.

17. Dans *Ethics, Inventing Right and Wrong*, Londres, Penguin, 1990, John Mackie critique le cognitivisme éthique à partir de la conception du droit naturel classique. Certes cette prétention du droit naturel classique selon laquelle des entités morales sont en quelque sorte observables dans le monde par une espèce d'organe spécifique est fort étrange et peu crédible. Mais elle n'est pas nécessaire, me semble-t-il, pour défendre une position cognitiviste.

18. A. Sen, « Positional Objectivity », *Philosophy and Public Affairs*, vol. 22, n° 3, 1993, p. 141. Une position fort semblable est également défendue par Putnam, notamment dans « Objectivity and the Science-Ethics Distinction », dans M. Nussbaum et A. Sen (dir.), *The Quality of Life*, Oxford, Clarendon Press, 1993, p. 143-157.



La sagesse du juge : le devoir avant la vertu par Xavier Thunis

En 1804, Portalis écrivait que les lois sont « des actes de sagesse, de justice et de raison ¹ ». Le langage juridique contemporain ne se réfère plus guère à la sagesse. D'autres figures que celle du sage y sont évoquées telles que le législateur rationnel ou le juge raisonnable. Quant à la doctrine juridique, elle est composée d'auteurs qualifiés, le cas échéant, de savants ou d'éminents ². Appliquée à l'activité théorique, au discours sur le droit, la sagesse aurait même quelque connotation péjorative : une doctrine sage ne pêche-t-elle pas par manque d'imagination et de hardiesse ? La sagesse désigne un savoir essentiellement pratique, nourri et authentifié par l'expérience, une aptitude à bien juger et un art de se conduire. Nous nous interrogerons sur la sagesse du juge, sur ce qu'on pourrait appeler sa prudence ³ dans l'exercice de la fonction de juger.

D'emblée, une précaution s'impose : parler de la sagesse du juge est une facilité et sans doute un

abus de langage. Il y a des juges qui exercent leur pouvoir d'appréciation dans des matières, selon des méthodes et des procédures bien différentes. Quel dénominateur commun peut-on trouver entre le « flair » du juge d'instruction que son instinct et son expérience conduisent à privilégier telle ou telle piste, la sagesse *quasi* politique dont doivent faire preuve les juges d'une cour constitutionnelle et le sens de l'orthodoxie linguistique qui anime la Cour de cassation dans sa mission unificatrice d'interprétation de la loi et de police du discours juridique ? On n'oubliera pas non plus que la décision, jugement ou arrêt, est souvent une œuvre collégiale. Elle résulte du délibéré de plusieurs juges, où s'exprime une sorte de sagesse collective.

Il ne nous paraît pas possible ni même utile de définir abstraitement la sagesse ou la prudence du juge par rapport à une raison ou à une justice a priori indéfinissables. Nous tentons plutôt d'en préciser les conditions de possibilité et les zones d'exercice.

Il ne saurait y avoir de sagesse du juge si celui-ci se réduit à n'être que «la bouche qui prononce les paroles de la loi⁴». Il est alors l'enfant auquel ses parents demandent d'être sage comme une image. Reflet de la loi, il n'existe pas vraiment; porte-parole, il récite plus qu'il ne parle. Il applique mais ne décide pas.

Or, la fonction de juger ne se réduit pas, ne s'est jamais réduite à l'application mécanique d'une règle de droit préétablie à un fait brut. Elle implique des choix de politique juridique. D'autant plus que le droit contemporain recourt fréquemment à des notions indéterminées telles que «le bien de l'enfant» ou «l'intérêt de l'entreprise». La mission du juge s'élargit considérablement au point d'englober un véritable pouvoir de police de la vie civile ou économique⁵. Certains milieux juridiques sont réticents à cet élargissement, précisément parce qu'il requiert du juge des compétences et aussi une sagesse qu'il ne possède pas nécessairement.

Le juge «bouche de la loi» est assurément une exagération ou un modèle limite qui, en gommant tout le pouvoir d'appréciation inhérent à la fonction de juger, occulte aussi un moment crucial pour l'exercice de la sagesse: celui de la décision.

Comme le souligne avec force J. Derrida, «le moment de la *décision*, en tant que tel, ce qui doit être juste, il faut que cela reste toujours un moment fini d'urgence et de précipitation; cela ne doit pas être la conséquence ou l'effet de ce savoir théorique ou historique, de cette réflexion ou de cette délibération, dès lors que la décision marque toujours l'interruption de la délibération juridico- ou éthico- ou politico-cognitive qui la précède et qui doit la précéder». Et de conclure, en invoquant Kierkegaard: «L'instant de la décision est une folie⁶».

Évoquer la folie dans une réflexion consacrée à la sagesse paraît paradoxal. Et pourtant, toute décision, en dépit des précautions qu'elle prend et des justifications qu'elle se donne, implique un saut, un risque. Comme le dit sobrement Aristote: «On ne

délibère jamais sur les choses qui ne peuvent être autrement qu'elles ne sont⁷». La décision pourrait être autre qu'elle n'est, aurait pu être autre qu'elle n'a été. S'il y a à décider, c'est qu'il y a de l'indécidable. Chaque litige ouvre une crise de la règle, une crise des règles. Le mot crise n'a ici aucune connotation dramatique. Il y a une crise *dans* le droit chaque fois qu'un cas d'espèce soulève un débat sur l'interprétation d'une ou de plusieurs règles. D'une certaine façon, au regard de la règle, chaque cas d'espèce est radicalement neuf et déjà connu; les concepts

abstraites ne sauraient épuiser l'infinie diversité du réel qui les surprend toujours mais, comme ils sont abstraits précisément, ils ne sont jamais vraiment pris en défaut.

Il y a une crise dans le droit chaque fois qu'un cas d'espèce soulève un débat sur l'interprétation d'une ou de plusieurs règles.

Pour trancher un litige selon le droit, le juge doit interpréter la règle, ce qui signifie, non pas en dévoiler un sens révélé, mais bien reconstruire, à l'épreuve du cas d'espèce, un sens à la fois neuf et porté par une tradition juridique.

Interprétation se dit en anglais *construction*. Le terme montre bien le caractère créateur de l'activité jurisprudentielle. Pour trancher un litige selon le droit, le juge doit nécessairement interpréter la règle, ce qui signifie, non pas en dévoiler un sens révélé, mais bien reconstruire, à l'épreuve du cas d'espèce, un

sens à la fois neuf et porté par une tradition juridique. De même que la pensée se constitue par le style, la règle de droit se définit lors du jugement.

Qu'il y ait un risque dans la décision implique qu'il y ait calcul pour réduire la part de l'incalculable. Comme l'homme politique, le juge calcule son risque. Ce n'est pas de la pusillanimité, c'est de la prudence⁸. Illustrons-le par un exemple tiré du droit de la responsabilité civile. Selon l'article 1382 du Code civil, l'auteur d'un dommage doit le réparer pour autant que ce dommage soit dû à son fait, à sa faute. Notons en passant que, aucun des trois éléments constitutifs de la responsabilité n'étant défini par le Code civil, la jurisprudence a dû s'attacher à définir les contours de la faute, du lien causal et du dommage. Concepts ouverts s'il en est. Par rapport à quelle norme de prudence faut-il apprécier un comportement dommageable, où s'arrêter dans la recherche des causes d'un dommage⁹, le dommage moral (la douleur, le préjudice esthé-

tique, etc.) est-il indemnifiable? Autant de questions auxquelles les juges s'efforcent, avec prudence ou sagesse, de trouver une solution acceptable sur le plan social en perdant parfois de vue la cohérence juridique. Mais il faut à la fois rendre justice et dire le droit. Ce n'est pas un hasard si, dans ce domaine largement ouvert au pouvoir d'appréciation des juges du fond, la Cour de cassation a éprouvé quelque peine à définir la portée de son contrôle pour faire régner une certaine orthodoxie juridique¹⁰.

Poursuivons l'exemple. L'article 1384 du Code civil déroge à l'exigence d'une faute prouvée dans trois hypothèses particulières dites de responsabilité du fait d'autrui. Pour plus de clarté, en voici le texte complet: «On est responsable non seulement du dommage que l'on cause par son propre fait, mais encore de celui qui est causé par le fait des personnes dont on doit répondre, ou des choses que l'on a sous sa garde. [Le père et la mère sont responsables du dommage causé par leurs enfants mineurs.] Les maîtres et les commettants, du dommage causé par leurs domestiques et préposés dans les fonctions auxquelles ils les ont employés. Les instituteurs et les artisans, du dommage causé par leurs élèves et apprentis pendant le temps qu'ils sont sous leur surveillance. La responsabilité ci-dessus a lieu, à moins que les père et mère, instituteurs et artisans, ne prouvent qu'ils n'ont pu empêcher le fait qui donne lieu à cette responsabilité.»

Ainsi, à certaines conditions qu'il est inutile d'analyser ici, la victime d'un dommage causé par un mineur, par des domestiques ou préposés ou encore par des élèves ou apprentis, peut intenter une action en indemnisation, non seulement contre l'auteur direct du dommage, mais aussi contre ses répondants, c'est-à-dire contre celui ou ceux qui sont censés exercer sur le fautif une certaine autorité: père et mère, maîtres et commettants, instituteurs et artisans. Ceux-ci, sans que leur faute (de surveillance, d'éducation...) doive être prouvée par la victime, seront tenus d'assumer les conséquences dommageables du fait des personnes dont elles doivent répondre.

La question, posée récemment en jurisprudence belge, était la suivante: peut-on induire de l'article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil un principe général de responsabilité du fait d'autrui ou faut-il se limiter aux trois cas expressément visés à l'article 1384 alinéas 2 à 4?

La Cour d'appel de Mons, dans un arrêt du 27 décembre 1995¹¹, a opté pour la première branche de l'alternative et a condamné un centre destiné à l'accueil de jeunes délinquants dont un des pensionnaires avait échappé à la surveillance des éducateurs et mis le feu à un immeuble. La faute du centre n'était pas prouvée, mais la Cour d'appel de Mons, en «découvrant», dans l'article 1384 du Code civil, un principe général de responsabilité du fait d'autrui, pouvait appliquer une présomption de faute au bénéfice de la victime des agissements du mineur.

La Cour de cassation, dans son arrêt du 19 juin 1997¹², rejette l'interprétation de la Cour d'appel de Mons en termes très nets: «Attendu que l'article 1384 du Code civil n'établit pas, en son alinéa premier, un principe général de responsabilité du fait d'autrui; Que cette responsabilité n'existe que dans les limites des régimes particuliers, différents les uns des autres, qu'il instaure de manière exhaustive dans les alinéas suivants, etc.»

En adoptant cette interprétation classique, la Cour de cassation belge aurait, selon un commentateur, fait preuve d'une «prudente sagesse¹³», parce que l'adoption d'un principe général de responsabilité du fait d'autrui en aurait découragé plus d'un d'assister des personnes faibles d'esprit ou de caractère et que l'extension d'un régime de responsabilité civile dérogatoire au droit commun doit être réservée au législateur.

À vrai dire, la solution se défend, mais ne s'impose pas d'évidence. Confrontée au même texte, la Cour de cassation française a, dans l'arrêt Blicek, consacré un principe général de responsabilité du fait des personnes dont on doit répondre alors qu'elle l'avait rejeté auparavant¹⁴. On sait d'autre part que la Cour de cassation belge n'a pas hésité dès 1904 à faire une lecture audacieuse du même article 1384 alinéa 1^{er} du Code civil en décelant, dans un bout de phrase elliptique, le principe de la responsabilité du fait des choses vicieuses.

Cet exemple, tiré de la responsabilité civile, montre toute la part de construction et d'indécidabilité qui peut exister dans l'interprétation juridique. Indécidabilité à laquelle la décision, par le saut qu'elle opère, entend mettre fin provisoirement en affirmant un choix de politique juridique.

Cette sagesse du juge, dont nous sentons qu'elle est à la frontière du calculable et de l'incalculable, est difficile, peut-être impossible à définir positive-

ment, sinon par des concepts aussi vagues et discutables que ce qu'ils prétendent définir. Il est toutefois possible de la caractériser, en l'opposant à ce qu'elle n'est pas. La sagesse du juge est une raison pratique attentive à la contingence et non une raison hypothético-déductive de faiseur de systèmes¹⁵. « Les jeunes gens, écrit Aristote, peuvent devenir géomètres ou mathématiciens ou savants dans les disciplines de ce genre alors qu'on n'admet pas communément qu'il puisse exister de jeune homme prudent. La cause en est que la prudence a rapport aussi aux faits particuliers, qui ne nous deviennent familiers que par l'expérience [...]. Et que la prudence ne soit pas science, c'est là une chose manifeste¹⁶. » Il y aurait même, nous semble-t-il, incompatibilité entre la sagesse pratique, pour laquelle un cas n'est pas l'autre, et la raison théorique qui s'attache à promouvoir dans les phénomènes ce qui est susceptible de généralisation, ce qui peut faire loi et ce qui est promesse de système¹⁷. Ce sont d'autres aptitudes qui sont en jeu. Il est demandé au scientifique, au théoricien, au chercheur non d'être sage, raisonnable ou réaliste mais de décliner, jusqu'à l'extrême et de façon cohérente, rationnelle et souvent déraisonnable, les conséquences ultimes de leurs hypothèses et de leurs raisonnements théoriques. Une seule épreuve contraire suffit à infirmer une théorie. L'expérience en revanche ne peut être contredite. Elle a pour elle la force de sa singularité, qui lui permet de s'affirmer même si elle est confrontée à une autre expérience apparemment divergente.

La sagesse du juge pourrait être qualifiée de sagesse fonctionnelle et réglée. La fonction de juger, selon une définition classique, consiste à trancher, selon le droit, les contestations qui lui sont soumises¹⁸. La sagesse du juge s'exerce dans le cadre d'une fonction qui lui est dévolue et d'une compétence qui lui est reconnue.

Plus précisément, elle s'exerce à l'occasion d'un conflit mis en forme juridique qu'il s'agit de résoudre

pour rétablir la paix entre sujets de droit. Il ne faut pas se cacher que la décision du juge réintègre et transmue, dans les formes rituelles et discursives qui sont les siennes, la violence dont il faut prévenir la dissémination¹⁹. Cela fait contraste avec la sagesse antique qui prescrit un idéal de vie un peu raide, tout entier tendu vers la tranquillité d'âme et l'absence de trouble²⁰. Cette quête d'ataraxie vise, semble-t-il, non pas à résoudre les conflits mais à les empêcher de naître.

Même si le souci de soi du sage antique a partie liée avec le souci des autres²¹, c'est d'abord une sérénité intérieure et personnelle qui est poursuivie, par la correction ou par la suspension des jugements.

Contraste encore avec la sagesse du juge. Sa vie privée peut bien être débridée mais il est investi d'une fonction de juger, de trancher en droit un conflit opposant des parties qui lui sont tierces et doivent rester à (bonne) distance²². Ce qui rompt la distance

entre le juge et chacune des parties met en cause l'impartialité que le droit vise à préserver, comme le montre la longue liste des causes de récusation reprise à l'article 828 du Code judiciaire belge. Le juge n'est même pas autorisé à invoquer ses expériences personnelles à l'appui de sa décision²³. Car c'est une vérité judiciaire qu'il s'agit de construire et non une vérité existentielle qu'il s'agit de sonder.

L'exercice de la sagesse du juge est strictement réglé par le droit. Rappelons tout

d'abord qu'une fois saisi, le juge est tenu de trancher le différend qui lui est soumis. « Il y a déni de justice lorsque le juge refuse de juger sous quelque prétexte que ce soit, même du silence, de l'obscurité ou de l'insuffisance de la loi » (Code judiciaire, art. 5). La justice est un service public qui ne saurait tolérer la suspension du jugement alors même que le doute pourrait exister sur l'aptitude du système juridique à résoudre le litige de façon satisfaisante.

« Pour être juste, la décision d'un juge par exemple doit non seulement suivre une règle de droit ou une loi générale mais elle doit l'assumer, l'approuver, en confirmer la valeur, par un acte

*La sagesse du juge
est une raison pratique
attentive à la contingence
et non une raison hypothético-
déductive de faiseur de systèmes.
Une seule épreuve contraire
suffit à infirmer une théorie.
L'expérience en revanche ne
peut être contredite.
Elle a pour elle la force
de sa singularité.*

d'interprétation réinstaurateur, comme si à la limite la loi n'existait pas auparavant, comme si le juge l'inventait lui-même à chaque cas²⁴.» Affirmer la liberté du juge — il n'y a pas de sagesse sans liberté — ne revient toutefois pas à affirmer que son pouvoir d'appréciation, sagesse et folie réunies, puisse s'exercer sans limites.

Une première limite provient des restrictions fixées par notre système juridique aux « faits »²⁵ reconnaissables par le juge.

Tout d'abord, le procès civil est gouverné par le principe dispositif en vertu duquel les parties, maîtresses de leur procès, déterminent l'objet et la cause (le fondement juridique) de la demande qu'elles adressent à la cour²⁶. Le juge ne peut statuer, au moins au civil, au-delà de ce qui est demandé, ce qui limite assez naturellement le corpus de règles dont il va pouvoir jouer. Ensuite, le juge ne va prendre en considération que les faits ayant résisté aux règles relatives à l'administration de la preuve. Ici, la loi se méfie d'un témoignage, là elle se satisfait d'une vraisemblance ou d'une présomption, là encore elle consacre la prééminence d'un écrit signé²⁷. Répétons-le, la vérité judiciaire n'est pas une vérité existentielle. Elle subit, au moins en matière civile, le double filtre du principe dispositif et de l'administration de la preuve.

D'autres limites existent. Comme l'écrit, de façon très précise, U. Eco : « Dire qu'un texte est potentiellement sans fin ne signifie pas que tout acte d'interprétation puisse avoir une fin heureuse. Même le déconstructiviste le plus radical accepte l'idée qu'il y a des interprétations scandaleusement inacceptables²⁸. »

Il y a, c'est un fait, des interprétations inacceptables, ce qui ne veut pas dire qu'elles ne sont pas possibles, mais qu'étant possibles théoriquement, elles ne s'expriment pas ou elles ne sont pas reçues.

Il y a tout d'abord l'image, plus ou moins consciente, que le juge se fait de sa fonction et de l'ordre juridique. Une décision juste est à la fois une décision raisonnable, qui rend justice aux parties en litige, mais aussi une décision juridiquement correcte, satisfaisant aux critères de rationalité (techniques d'interprétation, d'argumentation, de raisonnement...) qui garantissent la cohérence et l'unité du système juridique en cause²⁹.

La décision du juge ne clôture pas seulement un passé, elle est également ouverture, base pour le

règlement de litiges futurs auxquels, en quelque sorte, elle fait déjà signe.

Aussi attentif soit-il au cas d'espèce, le juge, par-delà celui-ci, est normalement attentif aux conséquences sociales qui peuvent provenir de la généralisation de la solution retenue *hic et nunc*.

Le juge américain Cardozo en donne un exemple à la fois simple et instructif³⁰. Supposons qu'un contrat soit conclu dont l'exécution se révèle excessivement lourde pour l'une des parties. Même s'il peut avoir envie de se montrer compréhensif pour le débiteur malheureux, le juge, au-delà de ce cas particulier, va forcément incorporer, dans son approche du problème, l'intérêt que la société, dans son ensemble, porte au respect des conventions.

Cette attention portée à la généralisation possible d'une décision joue aussi, et peut-être surtout, dans un système jurisprudentiel de *common law* gouverné par la règle du précédent. Confronté à la résolution d'un cas d'espèce, le juge anglais doit trancher celui-ci en respectant et en appliquant les règles de droit (*ratio decidendi*) établies par ses prédécesseurs confrontés à un cas semblable. Dans ce système qualifié de *case law*, chaque juge est attentif aux particularités du cas d'espèce qu'il doit distinguer de tous les autres cas antérieurement tranchés mais il est aussi porté vers une certaine généralisation à l'attention de ses collègues du futur.

Enfin, il ne faut pas oublier qu'il n'y a pas de texte sans contexte. Sous ce terme très large, nous regroupons l'ensemble des contraintes, textuelles ou non, qui conditionnent l'interprétation et la forcent à une certaine sagesse.

Le contexte vise d'abord l'ensemble des textes animés en principe par un esprit commun, qui souffle sur la disposition à interpréter. Le contexte, c'est également le langage juridique. Il préexiste à l'interprète et impose ses mots d'ordre. L'interprète, le juge, comme tout être humain, incorpore dans son effort d'élucidation d'une règle donnée un ensemble plus ou moins ordonné de jugements de valeur extra-juridiques mais aussi de concepts, de règles, de principes et de jugements juridiques qui sont comme le dépôt de la tradition et la trace du système en lui. Bref, c'est toute une formation et toute une expérience à la fois propre et identique à celle de milliers d'autres que l'interprète actualise à l'occasion de l'interprétation. Une espèce de prédé-

termination interdit de tout dire et de dire n'importe quoi.

Le contexte, c'est encore la communauté juridique. Cette communauté juridique, qui, en amont, forme et conditionne l'interprète, le détermine aussi en aval. C'est elle qui, en définitive, par l'acceptation de telle interprétation, par la menace de refus ou désapprobation qu'elle laisse planer sur telle autre, va déterminer l'écart que peut marquer l'interprète par rapport à la tradition. L'interprète peut, en théorie, tout dire, mais en pratique, tout ne va pas être retenu. La communauté des juristes n'est pas prête à tout accepter.

Il y a des interprétations auxquelles la communauté juridique se refuse, la Cour de cassation en premier mais aussi les autres juridictions (songeons aux cas rares de rébellion des juridictions du fond contre la Cour de cassation), les auteurs de doctrine réceptionnant et commentant les décisions et parfois les justiciables eux-mêmes. L'interprétation trouve dans son souci de cohérence et dans sa capacité à faire la paix judiciaire une limite naturelle à ses possibles extravagances.

La paix judiciaire est (temporairement) établie quand on ne discute (temporairement) plus l'interprétation de telle ou telle règle, de telle ou telle disposition. Jurisprudence constante, dit-on.

À quoi visent la procédure parfois longue et lassante d'échange de conclusions et d'arguments, ou la motivation parfois complexe des décisions judiciaires, sinon, par-delà le respect des droits de la défense, à assurer autant que faire se peut, un horizon d'universalité susceptible d'asseoir le crédit de la décision auprès du plus grand nombre?

Et le texte de la loi dans tout cela? Il fournit le point de départ et la justification. Le texte est un garde-fou. Le fou est celui qui n'a plus de texte. Il ne récite pas un texte borné, il se constitue par son texte même, chaque parole devenant un événement inouï. C'est cela sans doute que le droit ne peut pas entendre et tout juriste se doit, à l'inverse du fou, d'être positiviste, d'accepter, dans une certaine mesure, de réciter un texte déjà constitué, réintégrant l'événement au lieu de se laisser démonter par lui. ♦

Xavier Thunis est professeur
à la faculté de droit de l'université de Namur

1. Recueil complet des travaux préparatoires du Code civil par P. A. Fenet, tome premier, Osnabrück, Otto Zeller, 1968, p. 466.

2. La doctrine juridique désigne à la fois l'ensemble de ceux qui écrivent sur le droit et l'ensemble des opinions qu'ils professent sous une forme ou sous une autre (notes, chroniques, monographies, traités, etc.). Voir P. Jestaz et C. Jamin, «L'entité doctrinale», *Dalloz Sirey*, 1997, chron. p. 167 et suiv.

3. L'article 1353 du Code civil fait allusion à la prudence quand il dispose: «Les présomptions qui ne sont point établies par la loi, sont abandonnées aux lumières et à la prudence du magistrat...» Nous montrerons cependant que la prudence du magistrat, loin de se limiter aux domaines qu'une loi à bout de ressources lui abandonnerait, s'exerce à l'intérieur même du travail d'interprétation de la loi.

4. Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Paris, Flammarion, t. 1, livre XI, chap. VI, p. 177.

5. Pour plus de détails, J. Van Compernelle, «Vers une nouvelle définition de la fonction de juger: du syllogisme à la pondération des intérêts», dans *Nouveaux itinéraires en droit, Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, Bruylant, 1993, p. 498 et suiv.

6. J. Derrida, *Force de loi: le fondement mystique de l'autorité*, Paris, Galilée, 1994, p. 58.

7. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, Paris, Vrin, 1972, VI, 2, 1139 a 13.

8. Selon J. Dabin (*Théorie générale du droit*, Paris, Dalloz, 1969, p. 201 et suiv.), l'activité juridique tout entière est gouvernée par la prudence comme l'atteste la «jurisprudence». Et cette prudence, souligne l'auteur, «n'est pas la vertu timorée que l'on désigne vulgairement sous ce nom [mais] elle demande au contraire des dons d'invention, d'imagination et, s'il en est besoin, de hardiesse».

9. Cette recherche donne parfois des résultats imprévisibles comme le souligne à suffisance le titre choisi par P. Esmein, «Le nez de Cléopâtre ou les affres de la causalité», *Dalloz*, 1964, chron. p. 205 et suiv.

10. Sur cette question, voir F. Rigaux, «Logique morale et sciences expérimentales dans le droit de la responsabilité», dans *Mélanges R. O. Dalcq*, Bruxelles, Larcier, 1994, p. 509 et suiv.

11. Paru à la *Revue générale des assurances et des responsabilités*, 1996, n° 12578.

12. Paru dans le *Journal des tribunaux* du 27 septembre 1997, p. 582, avec les conclusions de l'avocat général Piret.

13. I. Moreau-Margrève, «Prudente sagesse», *Journal des tribunaux*, 1997, p. 705. Du même auteur, antérieurement à l'arrêt de cassation du 19 juin 1997, voir aussi «Une règle générale de responsabilité délictuelle du fait d'autrui en droit belge?», dans *Mélanges R. O. Dalcq, op. cit.*, p. 439 et suiv.

14. Cass. fr., Ass. plén. 29 mars 1991, *J.C.P.*, 1991, II, 21673 conclusions D. H. Dontenville.

15. J. Rivero, «Apologie pour les "faiseurs de systèmes"», dans *Dalloz* 1951, chron. XXIII, p. 99 et suiv.

16. Aristote, *Éthique à Nicomaque*, VI, 9, 1142 a 15.

17. Dans le même sens, I. Berlin, «Qu'est-ce qu'un bon jugement politique?», *Esprit*, janvier 1998, p. 143 et suiv., particulièrement p. 147.

18. Pour une critique du caractère circulaire de ce genre de définition, F. Rigaux, «Style du pouvoir ou pouvoir du style», *Annales de droit* (Louvain), 1982, p. 226 et suiv.

19. Voir W. Cassiers, «Violence et vérité dans l'acte judiciaire de juger», *Espace philosophique, Cahiers Esphi*, n° 38, septembre 1998, particulièrement p. 12 et suiv.

20. Voir à ce sujet le beau livre de P. Hadot, *Qu'est-ce que la philosophie antique?*, Paris, Gallimard, «Folio essais», 1995, p. 334 et suiv.

21. P. Hadot (*op. cit.*, p. 422-423) insiste fortement sur ce point.

22. On trouvera de plus amples développements dans G. Rommel, «Penser une réforme de la justice», *Espace Philosophique, Cahiers Esphi*, n° 27, décembre 1997, particulièrement p. 10, où il est dit qu'«un juge partial est aussi impensable qu'un cercle carré ou que de l'eau sèche».

23. Cass. (1^{re} ch.), 15 octobre 1992, *Journal des tribunaux*, 1993, p. 226.

24. J. Derrida, *Force de loi*, *op. cit.*, p. 50.

25. Ces faits ne sont pas des faits bruts mais des faits déjà saturés de concepts juridiques orientant la qualification que le juge va leur appliquer.

26. Ces principes sont toutefois en voie d'évolution. Voir J. Van Compernelle et G. Closset-Marchal, «Droit judiciaire

privé – Examen de jurisprudence», *Revue critique de jurisprudence belge*, 1997, p. 535 et suiv.

27. Voir à ce sujet les très belles pages de G. Cornu, «Rapport de synthèse», dans *La vérité et le droit*, travaux de l'association H. Capitant, Economica, 1989, p. 5 et suiv. Après avoir affirmé l'existence d'une sagesse probatoire, l'auteur souligne que toute limite à la liberté de la preuve est un choix de vérité. «C'est le doute, en vérité, que la loi organise, le Droit gère nos doutes.»

28. *Les limites de l'interprétation*, Paris, Grasset, 1992, p. 18.

29. Certes, ces techniques ne s'imposent pas de façon inconditionnelle au juge qui peut les utiliser, disons stratégiquement, pour aboutir à la solution qui lui paraît satisfaisante. Au moins lui fournissent-elles, à lui et aux tiers, un instrument de développement, de contrôle et de justification du raisonnement adopté en l'espèce. Comme l'écrit Canaris (dans M. Van de Kerchove et F. Ost, *Le système juridique entre ordre et désordre*, Paris, PUF, 1988, p. 99): «Le législateur comme le juge sont tenus, une fois qu'ils ont rencontré des valeurs, de les consacrer à nouveau d'une manière "conséquente", de les approfondir jusqu'au bout dans toutes leurs conséquences particulières et de ne s'en écarter que de manière raisonnable, c'est-à-dire pour des raisons objectives, en d'autres termes, de procéder avec esprit de suite.» Il n'est pas exclu que l'application rigoureuse et honnête de certains raisonnements et méthodes ait, comme le disent les économistes, un effet contre-intuitif.

30. B. Cardozo, *Judicial Process*, New Haven et Londres, Yale University Press, 1967, p. 139.

♦ ♦ ♦